

SEÇÃO ESPECIAL
CONSTITUCIONALISMO
E DEMOCRACIAEL DERECHO A LA RESISTENCIA
COMO GARANTÍA DE
LOS DERECHOS EN EL
SISTEMA CONSTITUCIONAL
ECUATORIANO**Albert Noguera
Fernandez**

Doctor en derecho por la
Universidad de La Habana
(2006). Profesor de
Derecho Constitucional en
la Universidad de Valencia.
Valencia, España.
albert.noguera@uv.es

The right to resistance as the
guarantee of rights in the
constitutional system of Ecuador

O direito à resistência como
garantia dos direitos no sistema
constitucional equatoriano

Recibido: maio 05, 2017**Aceito:** agosto 21, 2017**RESUMEN**

El presente artículo analiza el tratamiento jurídico que el derecho a la resistencia recibe en Ecuador, viendo que fórmula plantea la Constitución ecuatoriana de 2008 para compatibilizar resistencia y Derecho en el interior del ordenamiento jurídico. Sin embargo, veremos también cuáles son aquellos factores políticos y jurisprudenciales que han imposibilitado en la práctica esta armonización y plantearemos algunas propuestas para desencallar tal situación.

Palabras clave: Ecuador, Constitución, derecho a la resistencia, derechos.

Abstract

This article will discuss the right to resistance and the legal treatment it is given in Ecuador. The analysis includes the formula that the Ecuadorian Constitution of 2008 proposes to reconcile resistance and Law within the legal system; as well as the political and jurisprudential factors that have prevented this harmonization to take place in practice. Finally, this paper will present some proposals to address this issue.

Keywords: Ecuador, Constitution, Right of resistance, Rights.

Resumo

Este artigo analisa o tratamento jurídico dado ao direito de resistência no Equador, analisando como a Constituição Equatoriana de 2008 compatibiliza resistência e Direito no interior do ordenamento jurídico. Contudo, como se verá, fatores políticos e jurisprudenciais impediram na prática essa harmonização. Algumas propostas são feitas para modificar esses entraves.

Palavras-chave: Equador, Constituição, direito de resistência, direitos.

1. INTRODUCCIÓN

En la mayoría de Constituciones las garantías de los derechos se han entendido siempre ligadas a la función judicial, reconociéndose sólo las llamadas garantías jurisdiccionales. Sin embargo, también se han reconocido en algunos textos jurídicos, otros tipos de garantías como por ejemplo las llamadas “garantías sociales”¹. Estas garantías tienen un primer antecedente en la Constitución francesa de 1793 (art. 23). La “garantía social”, apoyada en la soberanía nacional, actuaba como técnica de tutela de los derechos confiada a los propios destinatarios de los mismos, es decir, a los ciudadanos, individual o colectivamente². Más recientemente, otras constituciones como la Ley Fundamental de Bonn (art. 20.4) o la Constitución de Portugal (art. 21) incluyeron el derecho a la resistencia en su sentido de garantía, habiendo sido, incluso, activado durante los últimos años³.

¹ Entendemos por garantía social aquellos mecanismos de garantía de los derechos ejercidos directamente por los ciudadanos al margen de las estructuras formales del Estado.

² En la doctrina contemporánea, recuperan esta noción de garantía social: Ferrajoli 2006. También la utilizan: Abramovich y Courtis 2006.

³ Recientemente encontramos el caso del ciudadano portugués Alcides Santos, con más de dos años en situación de desempleo y cobrando 600 euros al mes de los cuales 400 iban destinados a pagar un préstamo bancario. Ante esta situación, el 2 de abril de 2013, Alcides envió una carta al Defensor del Pueblo portugués, en la que alegaba que por encima de sus deberes como contribuyente está el deber de dar de comer a sus hijos y que legitimado por el ejercicio del derecho a la resistencia del art. 21 de la Constitución, iba a dejar de pagar impuestos (<http://www.publico.pt/sociedade/noticia/desempregado-reclama-na-justica-o-direito-de-nao-pagar-impostos-1589808>). Esta reivindicación quedó desactivada puesto que Alcides Santos fue contratado por una empresa pocos días después de anunciar públicamente el envío de la carta.

A pesar de esta voluntad del constituyente ecuatoriano de armonizar la resistencia y Derecho positivo, siete años después de la aprobación de la Constitución, la resistencia en la defensa de derechos sociales y colectivos continúa siendo una acción perseguida por el Estado.

Estas garantías sociales pueden adquirir la forma de participación ciudadana en la configuración de las decisiones institucionales que pretendan tutelar los derechos. Pero pueden actuar también como vías de acción directa de defensa o reclamo de un derecho social en ámbitos no institucionales mediante el derecho a la resistencia.

No obstante, el hecho que las garantías sociales puedan actuar en ámbitos extra-institucionales no equivale, necesariamente, a que operen contra el Derecho positivo. El derecho a la resistencia y el Derecho positivo, aun cuando se presentan de manera recurrente como inconciliables, no tienen por qué ser contradictorios⁴.

La Constitución de Ecuador de 2008 reconoce, por primera vez en el país, el derecho a la resistencia en su artículo 98 y establece un conjunto de principios de interpretación y aplicación de los derechos capaces de posibilitar su “legal” justiciabilidad. A pesar de esta voluntad del constituyente ecuatoriano de armonizar la resistencia y Derecho positivo, siete años después de la aprobación de la Constitución, la resistencia en la defensa de derechos sociales y colectivos continúa siendo una acción perseguida por el Estado.

2. COMPATIBILIZAR DERECHO A LA RESISTENCIA Y JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN LA CONSTITUCIÓN DE 2008

Para entender la voluntad del constituyente ecuatoriano respecto al derecho a la resistencia hay que detenerse en dos aspectos: uno es el tratamiento constitucional del propio derecho a la resistencia y otro es el tratamiento general de los derechos que en el marco del definido como “Estado constitucional de derechos y justicia” hace la Constitución. La vinculación entre ambos es de fundamental importancia para entender la voluntad del constituyente de compatibilizar derecho a la resistencia y Derecho positivo.

⁴ Así lo manifiesta C. Mortati (1975) al señalar que el derecho a la resistencia como función de garantía constitucional no tiene por qué entrar en contradicción con el resto del ordenamiento jurídico. La resistencia entra en contradicción con el orden jurídico cuando ésta va dirigida a la subversión del orden, es decir, como poder constituyente, pero no cuando le damos el sentido de garantía constitucional, esto es entendida como reintegración de un orden violado. Aquí el derecho a la resistencia permanece con todo en el campo del derecho, en consideración del objetivo perseguido. Esta resistencia, concluye Mortati, bien podría ser considerada como un “modo de manifestación del estado de excepción, caracterizado por el arresto de las formas legales cuando ello lo exija la *salus reipublicae*”.

2.1. El derecho a la resistencia en la historia constitucional

El derecho a la resistencia se encuentra en los orígenes mismos del constitucionalismo. En una época donde el Derecho era derecho natural, la separación entre lo legítimo (derecho natural) y lo legal (voluntad del monarca) hacía de la resistencia o desobediencia al Derecho un instrumento aceptable en términos jurídicos. A nivel teórico, a finales del siglo XVII y de la mano de John Locke en sus Dos tratados sobre el gobierno civil (1689), la rebelión contra la autoridad aparece ya como una de las ideas que distinguieron en sus orígenes al constitucionalismo. Estas ideas resultaron trasladadas luego a las dos grandes revoluciones del siglo XVIII: la norteamericana y la francesa. El derecho a la resistencia aparece en las Declaraciones norteamericanas y en la Declaración francesa de derechos del hombre y del ciudadano de 26 de agosto de 1789 o la Constitución francesa de 1793 (art. 33), como instrumento jurídico legítimo de reacción del pueblo frente al abuso de poder.

A partir del siglo XIX el derecho a la resistencia va perdiendo fuerza hasta terminar desapareciendo, salvo excepcionales ocasiones⁵, del constitucionalismo. El factor que propicia el fin del derecho a la resistencia como aceptable en términos jurídicos fue la conversión, en el siglo XIX, del imperio de la ley como nueva fuente jurídica por excelencia, lo cual elimina la separación entre lo legítimo y lo legal tan fundamental para el derecho a la resistencia.

La Constitución ecuatoriana de 2008 recupera el derecho a la resistencia, no reconocido antes en el constitucionalismo ecuatoriano, y además, incorpora éste no el marco de un “Estado de derecho” lo que vaciaría de eficacia el derecho y lo haría incompatible con la legalidad, sino en el marco de una nueva forma de Estado (el “Estado Constitucional de derechos y justicia”), lo que abre posibilidades de que este derecho pueda ser eficaz y justiciable repetidamente en el interior de un Estado políticamente estable, como cualquier otro derecho subjetivo.

⁵ El derecho a la resistencia aparece en el art. Art. 20.4 de la Ley Fundamental de Bonn en virtud de la reforma operada por la 17ª Ley de reforma constitucional de 24 de junio de 1968. Para el estudio de este derecho en la doctrina alemana, ver: E. W. Böckenförde, 1970: 168 y ss; M. Kriele, 1983:54-75; R. Dreier, 1983: 573 y ss; También la Constitución portuguesa de 1976 incorpora el derecho a la resistencia en su art. 21. Para el estudio del derecho a la resistencia en la Constitución portuguesa, ver: J.J. Gomes Canotilho, 1995: 171; J. Bacelar Gouveia, 1995.

La consagración positiva de un derecho como fundamental obliga a los operadores jurídicos a maximizar, en el momento de la interpretación constitucional, los mecanismos que permitan su protección frente a otros.

2.2. El tratamiento del derecho a la resistencia en la Constitución de Ecuador de 2008

La Constitución de 2008 reconoce el derecho a la resistencia en el artículo 98. Este artículo no se encuentra en la carta de derechos o parte dogmática de la Constitución sino en la parte orgánica, concretamente, en la Sección segunda (Organización colectiva) del Capítulo primero (Participación en democracia) del Título IV (Participación y organización del Poder). Aunque a primera vista ello pueda parecer que la resistencia aparece en el texto constitucional no como un derecho estrictamente, sino como otro tipo de norma, no es así. Por la propia naturaleza de la Constitución ecuatoriana de 2008, la ubicación de este derecho fuera de la carta de derechos no supone que su tratamiento deba ser diferente, en cuanto a su pleno reconocimiento y justiciabilidad, que el del resto de derechos constitucionales. Ello, básicamente, por dos razones:

La primera, porque la Constitución ecuatoriana de 2008 supera el trato desigual entre grupos de derechos, eliminando la distinción entre derechos fundamentales y no-fundamentales y catalogando de todos los derechos sin distinción, incluidos los sociales, como derechos de igual jerarquía (art. 11.6), “directamente aplicables” y “plenamente justiciables” por igual (art. 11.3). Si nos fijamos, la nueva Constitución ecuatoriana, ya no habla de “derechos fundamentales”, sino simplemente de “derechos”. La consagración positiva de un derecho como fundamental obliga a los operadores jurídicos a maximizar, en el momento de la interpretación constitucional, los mecanismos que permitan su protección frente a otros. Sin embargo, en modelos donde las diferencias entre derechos ya no existen en el orden lógico-deóntico, ni en la ausencia o presencia de características como la exigibilidad judicial, o en cuanto a las obligaciones que generan, como así sucede en el caso de la Constitución ecuatoriana, ¿qué sentido tiene continuar manteniendo la diferenciación entre derechos fundamentales y no-fundamentales? Esta es una diferenciación que sólo es útil a paradigmas ideológico-políticos de “negación parcial de derechos” (Peces-Barba 2004), pero no a modelos basados en la indivisibilidad e interdependencia de los derechos como el ecuatoriano. Es por eso que la Constitución de Ecuador de 2008 ya no usa la expresión

[...] podemos decir que, a pesar de encontrarse ubicado en la parte orgánica de la Constitución, el derecho a la resistencia es reconocido en la Constitución ecuatoriana en igualdad de condiciones que el resto de derechos constitucionales.

“derechos fundamentales”, sino que, como decía antes, hablan sólo de “derechos” sin más⁶.

Y, la segunda, porque a diferencia de sus predecesoras, la Constitución de 2008 no ubica las garantías constitucionales dentro del Título o la Parte de derechos, sino que las ubica en un Título totalmente independiente (Título III: “Garantías Constitucionales”). Ubicadas dentro del mismo título de los derechos, como sucede en todas las Constituciones, las garantías se convierten en instrumentos para garantizar sólo la aplicación de la carta de derechos, no del resto de la Constitución. En cambio, en la estructura de la Constitución ecuatoriana de 2008, con el objetivo de llevar a cabo una revalorización jurídica de las garantías y de extender el carácter garantista a todo el texto constitucional, no sólo a la carta de derechos sino también, por ejemplo, al Título IV (Participación y organización del Poder) u otros; lo que hace es, en lugar de reconocer las distintas garantías como parte del título de derechos, se realiza una unificación y sistematización, en un Título propio y diferenciado, de las formas o mecanismos concretos a través de los cuales se garantiza el carácter normativo y el cumplimiento de todo el texto constitucional en cualquiera de sus partes⁷.

En consecuencia, podemos decir que, a pesar de encontrarse ubicado en la parte orgánica de la Constitución, el derecho a la resistencia es reconocido en la Constitución ecuatoriana en igualdad de condiciones que el resto de derechos constitucionales.

2.3. El tratamiento de los derechos en el Estado constitucional ecuatoriano

Las formas de Estado han evolucionado en el constitucionalismo europeo desde su creación, pasando del inicial “Estado legislativo de derecho” al “Estado constitucional de derecho”. Ambas formas

⁶ La anterior Constitución ecuatoriana de 1998, ubicaba en distintos Capítulos dentro del Título III (“Derechos, deberes y garantías”), a los distintos grupos de derechos: derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y colectivos. Este Título III de la Constitución no usaba tampoco el término de “derechos fundamentales” sino simplemente el de “derechos”. No obstante, sí que en otros puntos de la Constitución se usaba el concepto de “derechos fundamentales” para referirse a los derechos reconocidos en el Título III, por ejemplo, en el artículo 96, referido a la función de defensa de los mismos por el Defensor del Pueblo, pero considerando a todos los grupos de derechos como fundamentales y, por tanto, sin establecer jerarquías.

⁷ NOGUERA, 2009

de Estado se caracterizan por la sujeción de los poderes públicos a la ley, aunque el sentido de “ley” opera en cada uno de ellos en un sentido distinto⁸. Mientras en el primero la ley se entiende como ley ordinaria, en el segundo se entiende como ley constitucional.

El “Estado legislativo de derecho” partía de la doctrina política desarrollada por Siéyes que concebía al órgano representativo, al que se atribuye la función legislativa, como titular, o al menos el depositario, de la soberanía y la ley (formal) que emanaba de él como máxima expresión de la voluntad general. Esta indistinción a nivel político entre poder constituyente y poder constituido, se tradujo, jurídicamente, en la paralela indistinción entre Constitución y ley ordinaria. Y claro es, una Constitución que formalmente no se distingue de la ley ordinaria, será una Constitución flexible. En este contexto, el principio de legalidad valía para el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo, pero no para el Legislativo que al poder libremente derogar, modificar, suspender o abrogar la Constitución no está limitada por la misma⁹.

El “Estado constitucional de derecho” parte, por el contrario, de una separación clara entre Poder Constituyente y Poderes constituidos y sus funciones. De acuerdo con ello, ningún órgano constituido puede desempeñar funciones constituyentes o soberanas porque la soberanía no reside en ellos. Ello tiene como consecuencia la existencia de Constituciones rígidas. La reforma de la Constitución no puede llevarse a cabo a través del procedimiento legislativo ordinario por los Poderes Constituidos, sino que cualquier cambio de la Constitución exige de un procedimiento agravado. En este contexto, el principio de legalidad no sólo afecta a los poderes Judicial y Ejecutivo sino que también se extiende al Legislativo, ahora limitado por la ley constitucional.

⁸ Nos referimos aquí a la clásica distinción entre “ley formal y ley material” o entre “ley ordinaria y ley constitucional” desarrollada por tantos autores. Vid. Carré de Malberg 2011; Kelsen 1988; Zagrebelsky 1991; Guastini 1993.

⁹ La ausencia de la idea de supremacía constitucional en la Europa del s. XIX se evidencia con la inexistencia de Tribunales Constitucionales ni control de constitucionalidad (como sí existía en Estados Unidos). Ello no se corrige hasta bien entrado el s. XX cuando, siguiendo el modelo americano, y con la aparición de los tribunales constitucionales, la constitución pasará, también en Europa, a convertirse en una auténtica ley superior, capaz de imponerse sobre las leyes ordinarias. Las constituciones europeas del s. XIX, son constituciones flexibles, podemos citar como ejemplo: las Constituciones francesas de 1815 y 1830; el Estatuto Albertino de Italia de 1848; las Constituciones españolas de 1837, 1845 y 1876; etc.

Así pues, con el paso del “Estado legislativo de derecho” al “Estado Constitucional de derecho” se dan transformaciones importantes en el campo de las fuentes del derecho y en la propia naturaleza de la Constitución. La Constitución reemplaza a la ley en la cúspide del ordenamiento y del sistema de fuentes.

Sin embargo, si bien este reemplazo de la ley por la Constitución como fuente principal de derecho opera indiscutiblemente para los poderes públicos, nos encontramos que, en la práctica, dentro del modelo de Estado Constitucional de derecho no todas las Constituciones reconocen la misma aplicabilidad directa de los distintos grupos de derechos. Ello hace que a pesar de haberse cambiado el modelo de Estado, en el ámbito de determinados derechos no se haya logrado una superación absoluta del viejo imperio de la ley ordinaria en la relación de los ciudadanos con la justicia ordinaria. Un ejemplo claro de ello es la cuestión de la justiciabilidad de los derechos sociales en España.

En materia de derechos sociales, la Constitución española (CE) de 1978 incorpora la mayoría de los derechos sociales clásicos, sin embargo parte de la idea de que éstos no son “derechos” sino que son otro tipo de normas legales, concretamente, principios o directrices para guiar las políticas sociales¹⁰, precisamente por ello ubica parte de estos derechos dentro del capítulo “Principios rectores de la política social y económica” (arts. 39 al 52). Asimismo tampoco les otorga aplicabilidad directa, sino que de acuerdo con el art. 53.3

¹⁰ Alguno de los principales argumentos que han utilizado aquellos que afirman que los derechos sociales no son “auténticos” derechos sino principios o directrices, es que no cumplen las características que cumplen los derechos civiles o políticos. La fórmula “X tiene un derecho a Y, en virtud de P”, sólo es coherente, nos dicen, si se puede dar una explicación convincente: a) de quien es el titular del derecho (X); b) de a qué tiene derecho, es decir, cual es el contenido del derecho (Y); y, c) de la razón por la cual este sujeto tiene tal derecho. Estas explicaciones, nos dicen los defensores de esta tesis, sólo se pueden dar en el caso de los derechos civiles y políticos, pero no en el caso de los derechos sociales ya que no son derechos universales, no es posible establecer la naturaleza de las obligaciones que crean y no tienen su fundamento en valores morales sino en preferencias (Plant 1988). Estos argumentos han sido rechazados por dos grupos de autores: por un lado, aquellos que niegan la distinta naturaleza jurídica de los derechos sociales con respecto los civiles o políticos aunque a partir de la calificación entre derechos positivos y negativos establecida por C. Fried (1978) sí afirman existir una distinta naturaleza de las medidas que se necesitan para hacer efectivos cada uno de estos grupos de derechos, lo que justificaría un trato desigual entre ellos (Kartashkin 1982; Van de Luytgaarden 1993); y, por otro lado, aquellos autores que partiendo del principio de indivisibilidad, interdependencia e interrelación de los derechos, señala que cualquier trato diferenciado entre grupos de derechos no está justificado y tiene que ver más con diferencias ideológicas que con diferencias conceptuales o teóricas de los derechos entre ellos o medidas de implementación de los mismos (Hunt 1996; Noguera 2009a).

CE son principios de libre configuración legislativa, quedando su justiciabilidad condicionada a su desarrollo legislativo¹¹.

Ello hace que las disposiciones referidas a los derechos sociales que la Constitución ubica fuera de la categoría de fundamentales, en tanto principios de políticas públicas de libre configuración legislativa, son mandatos normativos dirigidos al legislador, por tanto, solo afectará a los demás órganos del Estado y a los particulares en la medida en que sus preceptos hayan sido desarrollado mediante una ley¹². Prueba de ello es que en aquellas ocasiones en que en aplicación del Estado constitucional se procede a la justiciabilidad directa de derechos sociales, que efectivamente también las hay, se hace indirectamente por la vía de relacionarlos o considerarlos parte de otros derechos fundamentales pero no mediante su aplicación directa dada la dificultad de derivar *ex constitutione* una justiciabilidad absoluta e incondicional de todo el contenido de estos derechos. Valga como ejemplo, la protección en repetidas ocasiones del derecho a la salud del art. 43 CE por la vía de vincularlo o considerarlo parte del derecho a la vida y la integridad física del art. 15 CE¹³.

En consecuencia, la eficacia indirecta de partes importantes de la Constitución que afectan a materias en relación a las cuales se dan a menudo episodios de movilización y resistencia popular (como son los derechos sociales) implica que la Constitución, como fuente jurídica suprema, sólo obliga en éstas directamente al legislador que se verá obligado a acomodar el contenido de sus leyes a la Constitución, siendo éstas objeto de control de constitucionalidad,

¹¹ La STC 80/1982, de 20 de diciembre, señaló que “el valor normativo inmediato de los artículos 39 a 52 de la Constitución ha de ser modulado en los términos del artículo 53.3 de la Norma Fundamental” (FJ1). El art. 53.3 CE establece: “(...) los principios reconocidos en el Capítulo tercero (...) Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

¹² Así lo considera el propio Tribunal Constitucional (TC). De un lado, a partir de identificar la inviable tutela directa a través del recurso de amparo con la imposibilidad de perfilar posiciones subjetivas a partir de los principios rectores, el TC da a entender que de los principios rectores no cabe obtener ningún tipo de derecho subjetivo (ATC 241/1985). De otro lado, subraya el carácter no vinculante de los medios necesarios para cumplir los fines o las prestaciones constitucionales; por ejemplo, en relación al principio de protección familiar (art. 39) sostiene que “*es claro que corresponde a la libertad de configuración del legislador articular los instrumentos normativos o de otro tipo, a través de los que hacer efectivo el mandato constitucional, sin que ninguno de ellos resulte a priori constitucionalmente obligado*” (STC 222/1992); y, lo mismo cabe decir de la seguridad social, pues si bien corresponde a todos los poderes públicos la tarea de acercar la realidad al horizonte de los principios rectores, de “entre tales poderes son el legislador y el gobierno quienes deben adoptar decisiones y normas...” (STC 189/1987).

¹³ Ver como ejemplos las SSTC 119/2001, 5/2002, 62/2007, 160/2007 o 37/2011.

[...] el constituyente ecuatoriano lleva a cabo una transformación del tratamiento de los derechos sociales y sus garantías en el marco de una nueva forma de Estado que denomina como “Estado Constitucional de derechos y justicia”

de tal suerte que la Constitución solo estará presente en la vida jurídica por mediación del legislador y del órgano que lleve a cabo el control de constitucionalidad¹⁴, pero no en la relación de los ciudadanos con la justicia ordinaria que continuará estando mediada por la ley ordinaria¹⁵. De acuerdo con el citado art. 53.3 CE un ciudadano no puede exigir directamente por vía judicial muchos de los derechos sociales, aunque aparezca en la Constitución, si no existe una ley ordinaria que lo desarrolle.

El hecho de que la relación ciudadanos-justicia ordinaria en materia de justiciabilidad de derechos sociales no esté regida, en muchos casos prácticos, por una aplicabilidad directa de la Constitución sino mediada todavía por la ley ordinaria como fuente jurídica principal de aplicación, tiene como consecuencia que cualquier reconocimiento constitucional del derecho a la resistencia que pueda darse, sólo tendrá en la práctica un significado retórico. La auto-ejecutibilidad de derechos sociales, por la vía de la resistencia y pasando por encima de la ley (el Código penal, por ejemplo), sólo podría justificarse judicialmente por la vía de la aplicación directa de derechos sociales constitucionales, pero nunca en el marco de una relación donde la ley ordinaria continua siendo la fuente jurídica principal.

Consciente de ello, el constituyente ecuatoriano lleva a cabo una transformación del tratamiento de los derechos sociales y sus garantías en el marco de una nueva forma de Estado que denomina

¹⁴ MONTAÑA, 2012

¹⁵ Si bien algunos autores han afirmado que en el caso español, el reconocimiento, en determinados casos, de la eficacia directa del derecho a la libertad de conciencia podría servir para eximir a los ciudadanos del cumplimiento de determinadas obligaciones independientemente de lo que establezca la ley, esta afirmación queda cuestionada por la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 11 de febrero de 2009 (rec. 905/2008), en la que afirma que no existe un derecho constitucional general a la objeción de conciencia, ni siquiera como proyección del artículo 16 de la Constitución, porque éste encuentra su límite en la Ley. A mayor abundamiento, el Tribunal Supremo opone a la objeción de conciencia el artículo 9.1 de la Constitución y afirma que lo contrario supondría hacer depender las normas de su conformidad a cada conciencia individual. Sólo la objeción de conciencia a la prestación del servicio militar se reconoce en la Constitución, de forma que, cualquier otro reconocimiento dependerá de la estricta voluntad del legislador. Además, autores como Francesco Biondo (2012) han presentado recientemente una crítica frente a toda una tradición teórico-jurídica que habría insistido en ubicar la resistencia o la desobediencia civil bajo el rótulo de derecho subjetivo de la libertad de conciencia. A diferencia de la libertad de conciencia, la resistencia señalan estos autores, no puede entenderse como una opción íntima, privativa, específica del sujeto que en nombre de la conciencia individual que, en el marco de una visión atomista de la sociedad y del sujeto individual, esgrime un derecho (en el terreno jurídico) o deber (en el campo moral) a desobedecer esta, esa o aquella norma. La resistencia debe entenderse como una suerte de virtud del ciudadano comprometido, concernido al menos, con las normas que le rodean, así como una acción colectiva.

como “Estado Constitucional de derechos y justicia”¹⁶. Esta nueva regulación, basada en el principio de indivisibilidad y aplicación directa de todos los derechos constitucionales sin distinción persigue desplazar, también en materia de justiciabilidad de derechos sociales, a la ley como fuente del derecho por excelencia y convertir la Constitución en una norma suficientemente completa para poder valer como regla para casos concretos, debiendo ser utilizada directamente por todos los sujetos del ordenamiento jurídico, ya sean los jueces, la administración pública o los particulares¹⁷. La Constitución, al igual que los tratados internacionales de derechos humanos, deben conformarse en fuente directa de posiciones subjetivas para los sujetos del ordenamiento, en todo tipo de relaciones en que puedan entrar, refiriéndose también, directamente, a las relaciones entre los individuos y a las relaciones sociales. La Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos debe establecer normas que pueden ser invocadas, cuando sea posible, como reglas, por ejemplo, para las relaciones familiares, en las relaciones en las empresas, en las asociaciones, etc.

Para conseguir este objetivo el texto constitucional ecuatoriano de 2008 incluye, entre otros, los siguientes aspectos:

Uno, un desarrollo largo y casi reglamentario de los derechos. La Constitución ecuatoriana tiene 444 artículos. Ello evita la indeterminación y permite una completud que hace del texto constitucional un instrumento didáctico y normativo mediante el cual los ciudadanos pueden resolver casi todos los asuntos.

Y dos, el reconocimiento del principio de aplicabilidad directa e inmediata por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte, de todos los derechos que aparecen en la Constitución y en los tratados internacionales de Derechos Humanos (art. 11.3). Así como la imposibilidad de ninguna norma jurídica de poder restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales (art. 11.4).

¹⁶ Para una definición de Estado Constitucional de derechos y justicia, vid. Ávila Santamaría, 2008; Alarcón, 2013.

¹⁷ Como señala Zagrebelsky (1995), la primera de las grandes tareas de las constituciones contemporáneas consiste en distinguir claramente entre ley, como regla establecida por el legislador, y los derechos como pretensiones subjetivas absolutas, válidas por sí mismas con independencia de la ley.

Este carácter de toda la constitución como norma directamente aplicable por encima de la ley abre la posibilidad que en base a la aplicación de la misma se pueda priorizar la aplicación de la Constitución por encima de la de las leyes, lo que resulta fundamental para la justiciabilidad del derecho a la resistencia.

Todo ello tiene como consecuencia una desvalorización de la ley y un fortalecimiento del papel de todos los derechos constitucionales en el sistema de fuentes del derecho, lo que es especialmente importante en ámbitos especialmente conflictivos como el de los derechos sociales. La relación entre ciudadanos y justicia ordinaria ya no está mediada principalmente por la ley sino por la Constitución. Este carácter de toda la constitución como norma directamente aplicable por encima de la ley abre la posibilidad que en base a la aplicación de la misma se pueda priorizar la aplicación de la Constitución por encima de la de las leyes, lo que resulta fundamental para la justiciabilidad del derecho a la resistencia¹⁸.

En resumen, lo que hace la constitución de 2008 establecer un tratamiento novedoso de los principios de aplicación e interpretación de los derechos constitucionales que permita la aceptación jurídica y eficacia del derecho a la resistencia, incluso en ocasiones, por encima de las leyes.

3. EL CHOQUE DE CULTURAS JURÍDICAS ENTRE CONSTITUCIÓN Y PODER POLÍTICO Y JUDICIAL

A pesar del reconocimiento constitucional del derecho a la resistencia y de establecerse una regulación de los principios de aplicación e interpretación de los derechos que favorece su aceptación jurídica y reconocimiento jurisprudencial, en la práctica, el reconocimiento jurisprudencia del derecho a la resistencia, desde 2008 hasta hoy, es casi inexistente tanto por parte de los tribunales ordinarios como de la Corte Constitucional.

Respecto a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no existe todavía un reconocimiento del derecho a la resistencia. Hay tres sentencias donde la Corte trata casos vinculados con este derecho¹⁹,

¹⁸ Con ello se rompe la concepción de la imposible justiciabilidad del derecho a la resistencia expresada por autores como Bobbio (1991): "(...) jurídicamente el derecho de resistencia es un derecho secundario, del mismo modo que son normas secundarias las que procuran la protección de las primarias: es un derecho secundario que interviene en un segundo momento, cuando se conculcan los derechos de libertad, de propiedad y de seguridad que son derechos primarios. (...) el derecho de resistencia interviene tutelando los otros derechos pero no puede a su vez ser tutelado y, por tanto, debe ejercerse por propia cuenta y riesgo".

¹⁹ Sentencia N°. 0004-09-SAN-CC, Caso N.º 0001-08-AN (Pambilar/ENDESA-BOTROSA), de 24 de septiembre de 2009; Sentencia N.º 008-12-SAN-CC. Caso N.º 0085-09-AN (El Rosal/ADELCA), de 17 de abril de 2012; y, Sentencia N°. 034-13-SCN-CC, Caso N°. 0561-12-CN, de 30 de mayo de 2013.

no obstante, en todas ellas, el derecho a la resistencia aparece en la sentencia de la Corte como mero *Obiter dictum* pues se resuelve el caso en base a la existencia de vicios procedimentales sin tener que entrar a pronunciarse sobre la resistencia como tal.

En el caso de los tribunales ordinarios, a pesar de que el derecho ha sido alegado en múltiples ocasiones, éste sólo ha sido reconocido y protegido en un caso. Se trata del caso *Luis Oswaldo Tamayo c. Rodrigo Ricaurte Marín*, de 29 de septiembre de 2009, al que nos referiremos a continuación. En el resto de casos, los jueces han hecho prevalecer la aplicación de la ley ordinaria, el Código Penal, por encima del derecho constitucional a la resistencia.

3.1. La sentencia del caso Luis Oswaldo Tamayo c. Rodrigo Ricaurte Marín, de 29 de septiembre de 2009, del juzgado vigésimo quinto de lo civil de Pichincha

La única sentencia en el país que ha reconocido y protegido el derecho a la resistencia es la sentencia, de 29 de septiembre de 2009, del Juzgado vigésimo quinto de lo civil de Pichincha (Quito) en el Juicio No. 2009-1028 (Resp. Dr. Tapia Paul Andrés). Se trata de un caso de “resistencia individual”²⁰. Los hechos versan sobre un contrato de compraventa con canje a tres partes, en el que ante la imposibilidad de cerrarse por desacuerdo entre las partes²¹, acuden al mecanismo arbitral para intentar solucionar el problema, concretamente, se someten a un procedimiento arbitral administrado por el Centro

²⁰ Junto a la figura del derecho de resistencia colectiva, es también posible encontrar la expresión derecho de resistencia calificada con el adjetivo “individual” o como “derecho de resistencia del particular”. Con esta expresión “derecho de resistencia individual” se suele hacer referencia a la existencia de una facultad de las personas para poder resistir legítimamente ciertas actuaciones del poder público (Sobre ello, vid. Barile 1984). A su vez, dentro de estas resistencias individuales legítimas es también posible distinguir entre aquellas resistencias originadas en un contexto de “relaciones de subordinación jerárquica” y aquellas otras que se generan en el contexto de unas “relaciones de mera subordinación” o de subordinación política de un particular respecto a los representantes del poder público (Sobre ello, vid. Queralt 1986).

²¹ El caso versa sobre un contrato de compraventa con canje a tres partes, por el cual: 1) los cónyuges “Hidalgo-Vargas” prometieron transferir por 79.000 USD la propiedad de su departamento 2C6 del edificio Almirante ubicado en Atacames (Esmeraldas), a los señores “Granda-Krol”; 2) los cónyuges “Granda-Krol” prometieron transferir por 79.000 USD la propiedad del departamento B del edificio Marel ubicado en la Avda. la Coruña de Quito, a los cónyuges “Gallegos-Hidalgo”, a quienes voluntariamente entregaron las llaves para que lo habiten; y, 3) los cónyuges “Gallegos-Hidalgo” prometieron pagar en dinero efectivo los 79.000 USD del valor del departamento del edificio Almirante a los cónyuges “Hidalgo-Vargas”; El contrato de compraventa definitivo no se firmó porque los cónyuges “Gallegos-Hidalgo” al ocupar el apartamento del edificio Marel descubren que tiene vicio oculto que lo hace inhabitable y, además, por su divorcio, y por eso no lo quieren adquirir y lo desocupan.

Nacional de Arbitraje de la Cámara de Construcción de Quito (CENAMACO) (Juicio arbitral 001-2008).

En el marco del procedimiento de arbitraje, el árbitro solicita a las partes la entrega de las llaves de los apartamentos. Una de las partes, los cónyuges “Hidalgo-Vargas”, expresan por medio de su abogado Luis Oswaldo Tamayo, que si bien sí permiten acceso al apartamento para realizar las inspecciones oportunas no van a entregar las llaves de su apartamento, argumentando que ellos nunca ofrecieron entregarlas y tampoco hay providencia escrita ordenándolo bajo prevención legal, lo que lleva al árbitro a imputar un primer desacato al abogado Luis Oswaldo Tamayo.

Posteriormente, el árbitro reclama a las partes propietarias de los dos apartamentos en litigio, el pago de los impuestos prediales como un aporte para la culminación del informe del Perito evaluador que debía ser entregado el día de 17 de julio de 2009.

Ninguna de las dos partes propietarias, los cónyuges “Hidalgo-Vargas” y los cónyuges “Granda-Krol” no pagan los impuestos. El árbitro imputa un segundo desacato al abogado de los primeros, Luis Oswaldo Tamayo, y le impone una sanción de cincuenta salarios mínimos vitales generales al abogado Luis Oswaldo Tamayo, en base al art. 33 de la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM)²², acusándolo de usar artimañas y procedimientos de mala fe para retardar indebidamente el progreso del arbitraje. El árbitro no sanciona, sin embargo, al abogado de la otra parte propietaria que tampoco pagan los impuestos prediales.

Con la sanción, el abogado Luis Oswaldo Tamayo se encuentra ante un perjuicio que viene dado no sólo por el pago de 200 dólares sino también por su repercusión legal sobre su derecho a mantener su honor y buen nombre, derecho consagrado en el art. 66.18 de la Constitución, además que la sanción merma su posibilidad a ejercer funciones en donde sea requisito no haber sido sancionado para ejercer cargos públicos.

Asimismo, se encuentra a la vez en una situación de indefensión pues no puede usar la acción de nulidad que prevé el art. 31 de la

²² Art. 33 LAM: “No podrán aceptarse en el curso del proceso incidentes que promuevan las partes, para retrasar el trámite o entorpecer cualquier diligencia. Las peticiones que en tal sentido se presentaren serán rechazadas con multa de diez a cien salarios mínimos vitales generales, que será fijada por el árbitro o árbitros”.

LAM, ni acudir a la vía administrativa ni a la justicia ordinaria para defenderse de los derechos imputados.

No puede hacer uso de la acción de nulidad del art. 31 LAM porque la acción del árbitro no se encuentra comprendida dentro de las causas de nulidad que contempla el art. 31 de la Ley²³, que establece, que la nulidad es procedente cuando el laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado; pero que en el presente caso se trata de una providencia y no de un laudo arbitral, y tampoco procede dicha acción, como lo menciona la norma señalada, más cuando el árbitro se excede en su competencia, sancionando a un abogado que no es parte procesal.

En cuanto a la vía administrativa, no puede recurrir ya que el art. 190 de la Constitución y los arts. 17.2 y 7.4 de la Ley Orgánica de la Función Judicial (LOFJ) sitúan el arbitraje como autónomo, sin que éste y sus resoluciones se encuentren bajo control disciplinario ante órgano alguno ni al control del Consejo Nacional de Judicatura que es el órgano ante el cual en general, se puede presentar queja. Asimismo, el art. 30 de la LAM expresa: “Los laudos arbitrales dictados por los tribunales de arbitraje son inapelables, pero podrán aclararse o ampliarse a petición de parte, antes de que el laudo se ejecutorie, en el término de tres días después de que ha sido notificado a las partes. Dentro de ese mismo término los árbitros podrán corregir errores numéricos, de cálculo, tipográficos o de naturaleza similar. Las peticiones presentadas conforme a lo establecido en este artículo serán resueltas en el término de diez días contados a partir de su presentación. Los laudos arbitrales no serán susceptibles de ningún otro recurso que no establezca la presente ley”. Por tanto, una vez Luis Oswaldo Tamayo solicitó la revocación de la multa, denegada por el árbitro, la sanción quedó firme no pudiendo acudir a ninguna instancia. El abogado no puede intentar el reclamo administrativo por que el árbitro del CEMANACO

²³ Art. 31 LAM: “Cualquiera de las partes podrá intentar la acción de nulidad de un laudo arbitral, cuando: a) No se haya citado legalmente con la demanda y el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía. Será preciso que la falta de citación haya impedido que el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos y, además, que el demandado reclame por tal omisión al tiempo de intervenir en la controversia; b) No se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal y este hecho impida o limite el derecho de defensa de la parte; c) cuando no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, luego de convocada no se hubiere practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse; d) El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado. (...)”.

no es funcionario u autoridad pública administrativa ni el recurrente tiene la calidad de administrado o su subordinado para intentar la acción contencioso-administrativa que prevé la Ley de la materia, cuyos jueces tampoco son competentes.

Tampoco puede presentar ante la justicia ordinaria una demanda que deje sin efecto la sanción del árbitro, pues ésta sería rechazada por falta de competencia. El art. 33 de la LAM señala claramente que la sanción se impondrá a las partes que promuevan incidentes. La sanción está claramente señalado que se impondrá a las partes procesales, lo que no se hace en este caso, donde por el contrario la sanción se impone al abogado, más cuando se trata de un hecho que tanto entregar las llaves como pagar el impuesto corresponde a las partes, no al abogado.

En consecuencia, no teniendo ninguna instancia donde recurrir en busca de amparo de sus derechos constitucionales vulnerados (derecho al honor y buen nombre, derecho a contradecir los hechos imputados, a poder acogerse a la revisión judicial, etc.), el accionante Luis Oswaldo Tamayo recurre al derecho a la resistencia del art. 98 de la Constitución, que en este caso se materializa en negarse a cumplir con la obligación de pagar la multa, como única vía para hacer efectivo el art. 75 de la Constitución que establece, en forma terminante, que toda persona tiene derecho al acceso a la justicia, a la tutela de sus derechos y que en ningún caso quedará en indefensión.

Ante estos hechos y al analizar la demanda presentada por Luis Oswaldo Tamayo contra el árbitro Ing. Rodrigo Ricaure Marín alegando el derecho a la resistencia para no pagar la multa, el juzgado vigésimo quinto de la civil de Pichincha llega a la conclusión de que, efectivamente, el abogado al no disponer de otros medios se encuentra en estado de indefensión, lo que lleva al juzgado a verificar “que no se trata de una interposición abusiva o fraudulenta de la acción constitucional de resistencia” sino de una acción legítima. Como señala el juez en su sentencia “quedando como único recurso, el derecho a la resistencia, ante el estado legal, es decir cuando el ordenamiento legal en sí mismo es el que se constituye en obstáculo para el ejercicio de derechos e instrumento para su vulneración. Como en el caso que nos ocupa... “(...) “se acepta el presente recurso del derecho a la resistencia, disponiendo se deje sin efecto la multa”.

El caso *Quimsacocha*, sería el primer juicio en Ecuador donde de manera indirecta se considera la alegación de los imputados en torno al derecho a la resistencia.”

3.2. Los otros casos y el no reconocimiento jurisprudencial del derecho a la resistencia

Como hemos señalado, en el resto de casos, tanto cuando el conflicto se resuelve por vía política como por vía judicial, éste derecho no ha sido reconocido. De cualquier forma, resulta interesante revisar algunos casos relevantes en los cuales se invoca por parte de los afectados, el derecho a la resistencia.

El caso *Quimsacocha*, sería el primer juicio en Ecuador donde de manera indirecta se considera la alegación de los imputados en torno al derecho a la resistencia. El caso se refiere a la protesta de un grupo de alrededor de 150 indígenas y campesinos el 4 de mayo de 2010, organizada por la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador, CONAIE y la Confederación Kichwa del Ecuador, ECUARUNARI, con el objeto de resistir al proyecto de la Ley de Aguas y la explotación minera en la zona de Quimsacocha (Provincia del Azuay) y donde fueron detenidos tres dirigentes indígenas. A pesar de que los detenidos alegaron ejercicio de su derecho a la resistencia argumentando que “su pueblo se encuentra amenazado de la salud por la afección del agua” y que “por los convenios y tratados internacionales se dio el derecho a la resistencia, por lo que se ha dado una protesta pacífica” de comuneros de varias provincias; el juez acabó condenándolos por el delito de obstaculización de vía pública, previsto en el art. 129 del Código Penal. En su argumentación el juez se limita a aplicar el derecho penal sin referirse al derecho de resistencia alegado por las partes.

Otro ejemplo de caso resuelto por la vía política es la negativa, en el año 2009, de los maestros de la Unión Nacional de Educadores (UNE), amparándose en el art. 98 de la Constitución, a someterse a un examen de evaluación impuesto por el Ministerio de Educación para medir su capacidad para la educación. Frente a ello, el Gobierno argumentó que no se trataba de resistencia sino de “desacato a la ley” y el Presidente del Gobierno firmó el Decreto 1740/2009²⁴ por el que se modificó el art. 77 del *Reglamento General a la Ley de Carrera Docente y Escalafón del Magisterio Nacional* estableciéndose que los docentes que no asistieran a la evaluación serían convocados a un segunda llamamiento en el plazo de 30 días, siendo destituidos si no

²⁴ <http://educacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/08/DECRETO-17401.pdf>

asistían a este sin causa justificada. Ello motivó a muchos docentes, temerosos de perder su trabajo, a asistir al examen, resolviéndose el conflicto por la fuerza.

Respecto a otros ejemplos de casos resueltos por la vía judicial, podríamos referirnos a diversos procesos de resistencia por parte de las poblaciones indígenas o campesinas en cuyos territorios se pretende establecer o se ha impuesto ya la ejecución de los proyectos que vulneran los derechos de la naturaleza²⁵ o de la comunidad. Al parecer estas acciones de resistencia cumplirían todos los requisitos para ser consideradas como legítimas por estar confrontando actos del poder público o privado contrarios a la Constitución, sin embargo la respuesta por parte del Estado y de la judicatura frente a estas protestas y oposición de las comunidades a la ejecución de los proyectos mencionados, ha sido la el apoyo a las denuncias presentadas por las empresas y resoluciones judiciales que centradas en una concepción positivista normativista basada en el imperio de la ley, condenan a los acusados por vulneración de disposiciones del Código Penal (delitos contra la propiedad, contra el bien público, sabotaje, terrorismo, etc.). Como señala W. Guaranda²⁶, ninguna de las sentencias se han detenido a analizar los componentes políticos que giran alrededor de estos temas sino que aplican literalmente la ley y no realizan un ejercicio de razonamiento respecto a que estos actos son consecuencia de una expresión política legítima, por lo cual merecen un tratamiento más holístico que le diferencie de los actos penales, considerando que el sujeto, en el contexto de la resistencia social, no tiene como finalidad delinquir para beneficiarse, sino por el contrario, el delito que pudo haber resultado de la acción de

²⁵ El texto constitucional ecuatoriano reconoce, en su art. 10, a la naturaleza como sujeto de derechos autónomos y desarrolla estos en el Capítulo séptimo del Título II (Derechos de la naturaleza). Además, al otorgar a los derechos de la naturaleza aplicabilidad directa (art. 11.3) e igual jerarquía (art. 11.6) que el resto de derechos constitucionales, ubica los derechos de la naturaleza en posición de plena igualdad con los derechos de los seres humanos. Después del reconocimiento por la Constitución de la naturaleza como sujeto de derechos, los jueces del país han emitido diversas sentencias donde se interpreta el daño ambiental per se, el daño causado a la naturaleza, como un daño autónomo y diferente del daño civil ambiental [puede verse, por ejemplo, el caso Nelson Alcívar y otros contra oleoducto de crudos pesados (OCP) Ecuador S.A. (2009); o Marcelo Franco Benalcázar vs. Oleoducto de Crudos Pesados (OCP) Ecuador S.A. (2010)]. Y, otras donde se resuelve a favor de ríos y en contra de la Administración pública. Un ejemplo de ello es la sentencia de la Sala Penal de la Corte Provincial de Loja, de 30 de marzo de 2011, donde se resuelve a favor del río Vilcabamba y se condena al Gobierno Provincial de Loja por el impacto ambiental producido por la obra de ensanchamiento de la carretera Vilcabamba-Quinara que depositó grandes cantidades de piedras y material de excavación sobre el río.

²⁶ GUARANDA, 2009.

resistencia fue producto de su intención de mejorar una situación de discriminación, vulneración o desconocimiento de un determinado derecho que le afecta gravemente.

Para ver algunos ejemplos de cómo las movilizaciones de oposición a leyes y políticas estatales sobre el uso de recursos naturales son contestadas con detenciones e imputación de cargos penales de motivación política, puede verse el informe de Amnistía Internacional (2012), *Para que nadie reclame nada: ¿criminalización del derecho a la protesta en Ecuador?*, donde se analizan siete casos, que afectaron a 24 dirigentes de comunidades y organizaciones indígenas, de manifestaciones que tuvieron lugar entre enero de 2009 y junio de 2010 contra los Proyectos de Ley de Minería²⁷ y de Ley de Aguas²⁸.

²⁷ El 14 de noviembre de 2008, el gobierno presentó en la Asamblea Nacional un *Proyecto de Ley de Minería*. Pese a las garantías constitucionales que establecen que las comunidades afectadas tienen derecho a ser consultadas, las comunidades alegaron que no se les había consultado adecuadamente antes de presentar la ley para su aprobación. La nueva ley abría el camino al desarrollo de una industria minera en gran escala. En ella se establecían los requisitos que tenían que cumplir las empresas para poder optar a concesiones, los permisos que necesitaban para operar en áreas protegidas, y las normas que debían seguir para contratar mano de obra local (vid. Guaranda 2009a). Estas tensiones terminaron estallando en protestas que se propagaron por todo el país, especialmente en las provincias del sur de Ecuador, entre diciembre de 2008 y enero de 2009.

²⁸ En cuanto a la Ley de Aguas, en agosto de 2009, en plena escalada de la tensión en torno a la Ley de Minería, el gobierno presentó a la Asamblea Nacional el *Proyecto de Ley Orgánica de los Recursos Hídricos, Uso y Aprovechamiento del Agua*. Según el informe *El Mundo indígena 2010* editado en Copenhague por el Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, esta Ley de Aguas no había sido sometida a una consulta adecuada con las comunidades, y la participación de los grupos indígenas se había limitado a compartir información (Mikkelsen 2010). Además de por la ausencia de consulta, los dirigentes indígenas y campesinos expresaron su preocupación por las lagunas de la ley que, según ellos, permitían la privatización del agua. Asimismo, no estaban de acuerdo con la creación de una agencia para la gestión del agua compuesta exclusivamente por representantes gubernamentales, y exigían contar con un representante en dicha agencia, para poder participar en las decisiones sobre los recursos hídricos que pudieran afectar a sus medios de vida.

Las protestas contra la propuesta de Ley de Aguas se produjeron en dos momentos. En septiembre de 2009, los grupos indígenas protestaron porque el proyecto de ley se había presentado a la Asamblea Nacional sin que se hubiera realizado una consulta adecuada. En mayo de 2010 comenzó otra oleada de protestas, cuando llegó el momento de someter la ley a votación en la Asamblea Nacional.

A raíz de estas movilizaciones se empezaron procesos penales contra muchos de los dirigentes indígenas: A Vicente Zhunio se le atribuyeron cargos de sabotaje por participar en las movilizaciones de 5 de enero de 2009; a Rosa Justina Chuñir Quizhpi, Georgina Beatriz Gutama, Rosa Gutama Chuñir, Priscila Gutama Gutama, José Salustino Gutama, Gonzalo Gutama Urgilés, Manuel Pacheco y Miguel de la Cruz, cargos de terrorismo por las movilizaciones de 5 de enero de 2009; a Ángel Geovanny Uyuguari, Carlos Rumipuglla Uyuguari y Germán Naikiai Shiki, cargos de terrorismo por las movilizaciones de 5 de enero de 2009; a José acacho, Fidel Kaniras y Pedro Mashiant, cargos de terrorismo, sabotaje y homicidio por las movilizaciones de 30 de septiembre de 2010; a Carlos Pérez, Federico Guzmán y Efraín Arpi, cargos de sabotaje sustituidos por obstrucción ilegal de vías por las movilizaciones de 4 de mayo de 2010; a Marco Guatemal, César Cuascota y José Miguel Tocagón, cargos de sabotaje y terrorismo sustituidos por obstrucción ilegal de vías por las movilizaciones de 4 de mayo de 2010; y, Delfín Tenesaca y Marlon Santi, cargos de terrorismo por las movilizaciones de 24 de junio de 2010. En la mayoría de estos casos, los cargos se retiraron por falta de pruebas.

Estos casos, y muchos otros, demuestran cómo a pesar del reconocimiento constitucional del derecho a la resistencia y del diseño de la nueva forma de Estado constitucional, continua vigente en la cultura jurídica de los operadores generales del derecho (abogados, jueces, etc.) un positivismo legalista que impide la justiciabilidad del derecho a la resistencia.

Tanto desde el Estado como de la judicatura se olvida y niega, frecuentemente, el potencial normativo garantista de los principios de aplicación e interpretación de los derechos establecidos en la Constitución y que establecen una clara aplicabilidad directa de los derechos constitucionales. Frente a ello, se siguen considerando que justicia y ley son sinónimos, y defienden una interpretación de las fuentes totalmente dependiente de la voluntad del legislador²⁹, que lleva a que cualquier comportamiento de resistencia que desobedece el Código Penal o la ley debe considerarse anti-jurídico y punible.

Se produce por tanto, en el país, un choque de culturas jurídicas, la nueva cultura del neoconstitucionalismo garantista establecido en la Constitución frente a una vieja interpretación originalista y omnipotencia de la ley extendida todavía en el Poder político y judicial, que impide cualquier ejercicio de activismo jurisprudencial para la aceptación jurídica y justiciabilidad del derecho a la resistencia, pues no puede pasarse por alto que, en última instancia, los encargados de aplicar y justiciabilizar los derechos son los jueces.

4. EL ART. 11.8 DE LA CONSTITUCIÓN Y EL DESARROLLO LEGISLATIVO DEL DERECHO A LA RESISTENCIA

Ante la inaplicación del potencial normativo garantista del principio de aplicabilidad directa del derecho constitucional a la resistencia y la incapacidad de los operadores jurídicos de establecer una clara separación entre derechos y ley, algunos han empezado a plantear que la única manera para lograr la aceptación jurídica y justiciabilidad de tal derecho sería, de acuerdo con el art. 11.8 de la Constitución³⁰, un desarrollo legislativo del derecho que permitiera fijar, de manera clara, la naturaleza jurídica de las obligaciones que de él se derivan.

²⁹ MONTAÑA, 2012

³⁰ Art. 11.8: “El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio”.

A pesar de que la Constitución prevé expresamente el desarrollo legislativo de los derechos constitucionales, esta ha sido respecto al derecho a la resistencia una postura no exenta de problemas, frente a ella se plantean dos tipos de oposición: una jurídica y una sociológica.

Desde el punto de vista jurídico se podría argumentar que normativizar el derecho a la resistencia, aparte de implicar por un lado, una desnaturalización del mismo en tanto la desobediencia a la ley no puede encontrar su fundamento en el derecho objetivo sino sólo en el derecho moral, por el otro lado no ayuda a favorecer, tampoco, la promoción de una nueva forma de entender la función de los jueces y de la jurisprudencia que se adecue al principio de aplicabilidad directa de la Constitución como regla para casos concretos. Defender el desarrollo legislativo del derecho a la resistencia como única manera de hacerlo efectivo conlleva no romper y perpetuar la vieja concepción del “imperio de la ley”, con lo que todo lo que ganas en regulación y eficacia del derecho a la resistencia lo pierdes en la consolidación de un modelo constitucional garantista superador del formalismo legal.

Frente a ello puede argumentarse que el principio de aplicabilidad directa de los derechos fue creado como una garantía para evitar los llamados fenómenos de “legislación negativa”, esto es que la falta de desarrollo legislativo de un derecho impidiera su eficacia, pero ello no parece ser incompatible con que los derechos puedan e, incluso deban, desarrollarse normativamente, sin que ello afecte a la plena vigencia del principio de aplicabilidad directa.

En cuanto a la crítica sociológica de la regulación mediante ley del derecho a la resistencia, han sido varios los autores que han argumentado que ello podría favorecer situaciones de parasitismo por parte de algunos ciudadanos o a un estado de anarquía donde cada grupo imponga por la fuerza y al margen de la ley sus aspiraciones³¹. Sin embargo, no hay motivo para tal alarma, la manera

³¹ Sobre ello puede verse el filósofo del derecho brasileño Miguel Reale (1984) quien señaló: “ciertas funciones no pueden ser ejercidas por individuos o por asociaciones particulares sin que implique un grave peligro para el orden social y sin que pueda provocar el aniquilamiento del propio Estado. Hay funciones que son inherentes a la soberanía estatal y que no pueden ser objeto de delegación: las funciones esenciales de defensa del territorio, de seguridad interna, de legislación y jurisdicción”. En el mismo sentido, Norberto Bobbio (1980), refiriéndose a las situaciones de pluralismo con existencia de sujetos no estatales emisores de normatividad, señala que ello podría servir a una ideología revolucionaria que contribuya a la “progresiva liberación de los individuos y de los grupos oprimidos por el poder”, pero también a una ideología reaccionaria interpretada como “episodio de disgregación o de sustitución del Estado y, por lo tanto, como síntoma de una inminente e incomparable anarquía”.

de garantizar la plena vigencia del derecho a la resistencia con el mantenimiento del orden y la seguridad jurídica pasa por delimitar claramente: 1. quienes son los sujetos; 2. cuales las “necesidades” o “carencias”; y, 3. cuales las condiciones; que legitimarían para la activación y ejecución del derecho a la resistencia. Todas estas son cuestiones que debería desarrollar, en su caso, una futura ley del derecho a la resistencia.

5. CONCLUSIONES

De todo lo expuesto hasta aquí, podemos extraer las siguientes conclusiones:

- El derecho a la resistencia es constitucionalizado en Ecuador en la Constitución de 2008. Con la voluntad de intentar salvar la contradicción entre resistencia e imperio de la ley, la Constitución incorpora el derecho en el interior de una nueva regulación de los principios de interpretación y aplicación de los derechos que, partiendo de la teoría neoconstitucionalista, pretende abrir las posibilidades de que la resistencia pueda ser eficaz y justiciable repetidamente en el interior de un Estado políticamente estable, como cualquier otro derecho subjetivo.
- A pesar del reconocimiento constitucional del derecho y de establecerse una forma de Estado que favorece su aceptación jurídica y reconocimiento jurisprudencial, continúa vigente en la cultura jurídica de los operadores generales del derecho (abogados, jueces, Corte Constitucional, etc.) un positivismo legalista que impide, en la práctica, la justiciabilidad del derecho.
- Ante la inaplicación del potencial normativo garantista del principio de aplicabilidad directa del derecho constitucional a la resistencia y la incapacidad de los operadores jurídicos de establecer una clara separación entre derechos y ley, ha empezado a plantearse, en el país, de acuerdo con el art. 11.8 de la Constitución, el debate sobre la conveniencia de desarrollar legislativamente el derecho a la resistencia, así como algunos principios orientativos de una posible regulación mediante ley de este derecho.

REFERENCIAS

- ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. El Umbral de la ciudadanía: el significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional, Buenos Aires: Editores del puerto, 2006.
- ALARCÓN, Pablo. El Estado constitucional de derechos y las garantías constitucionales. In: ORDOÑEZ, Jorge Benavides; SOLIZ, Jhoel Escudero. Manual de Justicia Constitucional ecuatoriana. Corte Constitucional de Ecuador: Quito, 2013.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL. Para que nadie reclame nada: ¿criminalización del derecho a la protesta en Ecuador? Londres: Amnesty International Publications, 2012.
- ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. Del Estado social de derecho al Estado constitucional de los derechos y justicia: modelo garantista y democracia sustancial del Estado, Jornadas de capacitación en justicia constitucional, Corte Constitucional para el Período de Transición/ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/ Consejo de la Judicatura, Quito 2008.
- BACELAR GOUVEIA, Jorge. Os direitos fundamentais atípicos, Lisboa: Aequitas Editorial Notícias, 1995.
- BARILE, Paolo. Diritti dell 'uomo e liberta fondamentali, Bolonha: Il Mulino, 1984.
- BIONDO, Francesco. Disobbedienza civile e teoria del diritto. I conflitti presi sul serio, Turim: Giappichelli Editore, 2012.
- BOBBIO, Norberto. Contribución a la teoría del derecho, Tradução Fernando Torres, Valencia, 1980.
- _____. El tiempo de los derechos, Madrid: Sistema, 1991.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst W. "Die Kodifizierung des Widerstandsrechts im Grundgesetz", Juristen Zeitung, 1970.
- CARRÉ DE MALBERG, Raymond. La ley, expresión de la voluntad general: estudio sobre el concepto de la ley en la Constitución de 1875, Barcelona: Marcial Pons, 2011.
- DREIER, R. "Widerstandsrecht im Rechtsstaat? Bemerkungen zum zivilen Ungehorsam", In Recht und Staat im sozialen Wandel: Festschrift für H.U. Scupin, Berlin, 1983.
- FERRAJOLI, Luigi. Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia, Madrid: Trotta, 2006.
- FRIED, Charles. Right and Wrong. Cambridge: Harvard University Press, 1978.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Direito Constitucional, Coimbra: Almedina, 1995.

GUARANDA, Wilton. La Consulta Previa y el Derecho a la Resistencia. In: SAAVEDRA, Luis Angel (ed.). Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional ecuatoriano. Quito: INREDH, 2009.

_____, Diagnóstico legal de la minería en el Ecuador. Biodiversidad en América Latina y el Caribe, Argentina, 2009a.

GUASTINI, Riccardo. Le fonti del diritto e l'interpretazione, Milão: Giuffrè, 1993.

HUNT, Paul. Reclaiming Social Rights. International and Comparatives Perspectives. Dartmouth: Aldershot, 1996.

KARTASHKIN, V. Economic, Social and Cultural Rights. In: VASAK, Karel; ALSTON, Philip (eds.), The International Dimensions of Human Rights, Paris: Greenwood Press, 1982.

KELSEN, Hans. "Sulla dottrina della legge in esno formale e materiale", en Dio e stato. La giurisprudenza comme scienza dello spritto, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1988.

KRIELE, Martin. Ziviler Ungehorsam? Vom Widerstandsrecht in der Demokratie. GLOTZ, P (Hg.) Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, Frankfurt: Suhrkamp, 1983.

MIKKELSEN, Caecilie. (ed.), "Ecuador", en El Mundo Indígena 2010, Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWGIA), Copenhague, 2010.

MONTAÑA, Juan. Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano. Quito: Corte Constitucional/CEDEC, 2012.

MORTATI, Constantino. Principi Fondamentali. In: BRANCA, G. Commentario della Costituzione. Bolonha-Roma: Zanichelli - Foro Italiano, 1975.

NOGUERA, Albert. "El constitucionalismo de los derechos: apuntes sobre la nueva Constitución ecuatoriana de 2008", en Revista Vasca de Administración Pública, n. 83, IVAP, 2009.

_____, "Derechos fundamentales, fundamentalísimos o, simplemente, derechos? el principio de indivisibilidad de los derechos en el viejo y el nuevo constitucionalismo", *Derechos y libertades*, n. 21, 2009a.

PECES-BARBA, Gregorio. *Lecciones de derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004.

PLANT, R. Needs, Agency and Welfare Rights, In: MOON, J. D. (ed.), *Responsability, Rights and Welfare: A Theory of the Welfare State*. Boulder: Westview Press, 1988.

QUERALT, Joan Josep. *La obediencia debida en el Código Penal*, Barcelona: Bosch, 1986.

REALE, Miguel. *Teoria do direito e do estado*. São Paulo: Saraiva, 1984.

VAN DE LUYTGAARDEN, Eric. *Introduction to the theory of Human Rights Law*, Universidade de Utrecht, Holanda, 1993.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Manuale de diritto contituzionale, I: Il sistema delle fonti del diritti*. Turim: UTET, 1991.

_____, *El derecho dúctil*. Madrid: Editorial Trotta, 1995.